

JAKUB FASZCZA<sup>1</sup>

# Studium przypadku OPAL: wybrane aspekty decyzji zwalniającej infrastrukturę ze stosowania zasad trzeciego pakietu energetycznego, na przykładzie gazociągu OPAL

## Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest próba weryfikacji wybranych elementów decyzji zwalniającej gazociąg OPAL ze stosowania zasad Dyrektywy gazowej. W tym celu przedstawione zostały uwarunkowania historyczne w kontekście problemów proceduralnych związanych z decyzją zwalniającą gazociąg OPAL. Niemniej jednak główna część artykułu dotyczy szczegółowej analizy wybranych kryteriów, o których mowa w art. 36 Dyrektywy gazowej. Zgodnie z wyżej wymienionym przepisem zwolnieniu może podlegać istotna nowa infrastruktura gazowa, tj. połączenia wzajemne, instalacje LNG i instalacje magazynowe, na wnioski mogą zostać zwolnione na czas określony ze stosowania przepisów Dyrektywy gazowej. Wybrane kryteria z art. 36 Dyrektywy gazowej, o których mowa to: (i) zwiększenie konkurencji w dostawach gazu; (ii) brak szkodliwego wpływu zwolnienia na konkurencję i skuteczne funkcjonowanie rynku wewnętrznego gazu ziemnego lub na skuteczne funkcjonowanie systemu podlegającego regulacji, do którego podłączona jest dana infrastruktura; (iii) zwiększanie bezpieczeństwa dostaw gazu; oraz (iv) poziom ryzyka związanego z inwestycją musi być taki, że inwestycja nie miałaby miejsca bez udzielenia zwolnienia. Analiza jest dokonywana w kontekście dotychczasowych decyzji wydanych przez Komisję Europejską.

**Słowa kluczowe:** Gazociąg OPAL, OPAL, Dyrektywa gazowa, decyzja zwalniająca

---

<sup>1</sup> Mgr Jakub Faszczka – uczestnik prawniczego seminarium doktoranckiego w Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; e-mail: faszczka.jakub@gmail.com; ORCID: 0000-0002-1970-8944.

JAKUB FASZCZA

# Case study of OPAL: chosen aspects of exemption decision of infrastructure from application of third energy package on example of OPAL pipeline

## Abstract

The subject of this article is an analysis of the decision exempting the OPAL gas pipeline from the application of the Gas directive. For the purpose of better introduction of the subject of this article, first are described historical aspects in the context of the procedural issues associated with the decision. Nevertheless, the main part of the article deals with a detailed analysis of the selected criteria referred to in article of 36 Gas Directive. According to the aforementioned provision, significant new gas infrastructure, i.e. interconnections, LNG facilities and storage facilities, may be exempted for a definite period of time from the provisions of the Gas directive. Selected criteria from article 36 of the Gas directive are: (i) enhancement of competition in gas supply; (ii) the exemption must not be detrimental to competition or the effective functioning of the internal market in natural gas, or the efficient functioning of the regulated system to which the infrastructure is connected; (iii) enhancement of security of supply; and (iv) the level of risk attached to the investment must be such that the investment would not take place unless an exemption was granted. The analysis is made in the context of the previous decisions taken by the European Commission regarding exemption of the infrastructure from article 36 of gas directive.

**Keywords:** pipeline OPAL, OPAL, gas directive, exemption decision

## Krótkie przedstawienie problemu

Liberalizacja prowadząca do stworzenia jednolitego rynku gazu to główny cel, jaki postawiono przed trzecim pakietem energetycznym<sup>2</sup>, którego jednym z elementów jest Dyrektywa gazowa<sup>3</sup>. Do jego realizacji konieczny jest m.in.: *unbundling*, który jako „[s]kuteczny rozdział może zostać zapewniony jedynie poprzez wyeliminowanie środków zachęcających przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo do stosowania dyskryminacji wobec konkurentów w odniesieniu do dostępu do sieci oraz w zakresie inwestycji. Rozdział własności – który należy rozumieć jako wyznaczenie właściciela sieci na operatora systemu i zachowanie jego niezależności od wszelkich interesów związanych z dostawami i produkcją, jest wyraźnie skutecznym i stabilnym sposobem na rozwiązanie nieodłącznego konfliktu interesów oraz zapewnienie bezpieczeństwa dostaw”<sup>4</sup>. Niemniej jednak inwestycje w „istotną nową infrastrukturę powinny być stanowczo promowane, przy jednoczesnym zapewnieniu właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego gazu ziemnego. W celu zwiększenia korzystnego wpływu projektów infrastrukturalnych objętych zwolnieniem na konkurencję i bezpieczeństwo dostaw, należy zbadać zainteresowanie ze strony rynku podczas fazy planowania projektu, jak również wdrożyć zasady zarządzania ograniczeniami”<sup>5</sup>. Jak podkreśla się w doktrynie, stymulowanie inwestycji jest niezbędne, niemniej jednak z uwagi na fakt, że może ono prowadzić do zaburzenia konkurencji musi istnieć swoista równowaga pomiędzy wspieraniem inwestycyjnym a uwzględnieniem zasad konkurencji<sup>6</sup>. Poprzez promowanie, stymulowanie inwestycji należy m.in. rozumieć możliwość zwolnienia infrastruktury ze stosowania zasad wyrażonych w Dyrektywie gazowej. Możliwość taka

---

<sup>2</sup> M.M. Roggenkamp, C. Redgwell, A. Ronne, I. Guayo (red.), *Energy Law in Europe National, EU and Internal Regulation*, wyd. 3, Oxford 2016, s. 258.

<sup>3</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE (Dz. U. UE L z 2009 r. Nr 211, s. 94, dalej jako: „Dyrektywa gazowa”).

<sup>4</sup> Ibidem, pkt 8 preambuły.

<sup>5</sup> Ibidem, pkt 32 preambuły.

<sup>6</sup> F. Elżanowski, *Prawnoprocesowa sytuacja przedsiębiorstwa energetycznego w sprawach z zakresu regulacji energetyki*, Warszawa 2015, s. 158.; *vide* M. Szydło, *Regulatory Exemptions for New Gas Infrastructure. A Key Challenge for European Energy Policy*, „European Energy and Environmental Law Review” 2009, 18(5), s. 254.

istnieje na podstawie art. 36 tej dyrektywy. Gazociąg OPAL<sup>7</sup>, który wraz z gazociągiem NEL<sup>8</sup> stanowią lądowe przedłużenie NSI<sup>9</sup>, został uznany przez Komisję za taką infrastrukturę. OPAL łączy Greifswald, lądowy punkt wejścia do krajowego systemu niemieckiego z gazociągu NSI oraz punkt wyjścia z niemieckiego systemu przez punkt Brandov w kierunku Czech<sup>10</sup>, skąd gaz jest transportowany gazociągiem Gazelle przez terytorium Republiki Czeskiej do punktu wejścia Waidhaus na granicy czesko-niemieckiej. Gazociąg OPAL składa się z dwóch części: OPAL-Nord i OPAL Süd<sup>11</sup>. Spółka OPAL Gastransport GmbH (dalej jako: „OPAL GT”)<sup>12</sup>, która jest większościowym udziałowcem (80%) została ustanowiona operatorem OPAL. W pozostałej części (20%) operatorem jest Lubmin Brandov Gastransport (dalej jako: „LBGT”), które jest powiązane z UNIPER<sup>13</sup>. Przedstawione powyżej informacje dotyczące specyfiki gazociągu oraz jego lokalizacji są niezbędne dla prawidłowej oceny przesłanek dopuszczających zwolnienie infrastruktury zgodnie z art. 36 Dyrektywy gazowej, co stanowi główny cel niniejszej pracy. Poza tym celem artykułu jest próba uporządkowania i przedstawienia dotychczasowej praktyki Komisji Europejskiej w kontekście decyzji zwalniającej gazociąg OPAL z zasad Dyrektywy gazowej oraz próba przedstawienia wniosków *de lege ferenda* i jednocześnie odpowiedzi na pytanie, czy wydana przez Komisję Europejską decyzja zwalniająca

<sup>7</sup> Ostsee-Pipeline-Anbindungsleitung, dalej jako: „OPAL”.

<sup>8</sup> Nordeuropäische Erdgasleitung, dalej jako: „NEL”.

<sup>9</sup> Nord Stream I składa się z dwóch gazociągów łączących Rosję (Vyborg) oraz Niemcy (Lubmin, w pobliżu Greifswald). Nord Stream I położony został na dnie morza Bałtyckiego. Pierwsza nitka została uruchomiona w roku 2011, druga w 2012 (dalej jako: „NSI”).

<sup>10</sup> Ch. Johnes (red.), *The EU Energy Law. Volume I: The Internal Energy Market*, wyd. 14, Deventer 2016, s. 590.

<sup>11</sup> Północna część gazociągu łączy punkt Lubmin/Greifswald z Gross Koris/Brandenburg (punkt zlokalizowany na południe od Berlina), gdzie następuje połączenie z niemieckim systemem gazowym. Natomiast południowa część gazociągu łączy punkt wejścia do niemieckiego systemu z punktem Olbernhau/Brandov na granicy niemiecko-czeskiej. Pojemność techniczna w punkcie wejścia Lubmin/Greifswald wynosi 36,5 mld m<sup>3</sup>, podczas gdy w punkcie wyjścia do systemu niemieckiego w Gross Koris/Brandenburgii wynosi 4,5 mld m<sup>3</sup>, w efekcie w punkcie wyjścia Olbernhau/Brandov na granicy czeskiej przepustowość wynosi 32 mld m<sup>3</sup>. Gazprom może wykorzystywać OPAL wyłącznie częściowo – w 50%. Ograniczenie to wpływa na maksymalną możliwość wykorzystania NSI, którego przepustowość wynosi ok. 55 mld m<sup>3</sup> gazu rocznie. Natomiast OPAL 36,5 mld m<sup>3</sup>/rok NEL 21,8 mld m<sup>3</sup>/rok. Łatwo zatem zauważyć, że system niemiecki jest w stanie odebrać niewiele więcej niż maksymalna możliwość NSI. W związku z ograniczeniami wykorzystania gazociągu OPAL całość NSI nie może być wykorzystana.

<sup>12</sup> Kontrolowana przez WIGA Transport Beteiligungs-GmbH & Co, której udziałowcami są OAO Gazprom oraz BASF SE.

<sup>13</sup> Decyzja KE z dnia 28 października 2016 r. w sprawie rewizji zwolnienia Ostseepipeline-Anbindungsleitung z wymogów zasady TPA oraz taryfowania przyznanego zgodnie z dyrektywą 2003/55/EC, s. 2.

właściwie równoważy dwie wartości – konieczność wspierania rozwoju infrastruktury oraz rozwój konkurencji?

## Historyczne ujęcie decyzji zwalniających

### Zwolnienie z 2009 r.

Po raz pierwszy OPAL został zwolniony dnia 25 lutego 2009 r. przez Bundesnetzagentur (dalej jako: „BNetzA”), która wydała dwie decyzje zwalniające OPAL z obowiązku stosowania taryf oraz zasady dostępu stron trzecich (dalej jako: „TPA”). Pierwsza decyzja BK7-08-009 (dalej jako: „Decyzja”), odnosiła się do części, której operatorem pozostaje OPAL GT. Natomiast druga decyzja BK7-08-010 pozostawała w relacji do pozostałej części gazociągu OPAL, której operatorem jest LBGT. BNetzA swoją decyzją zwolniła całą przepustowość OPAL na okres 22 lat ze stosowania taryf oraz zasady TPA, na podstawie art. 18 oraz art. 25 ust. 2, 3 oraz 4 Dyrektywy 2009/55/WE<sup>14</sup>.

Komisja Europejska (dalej jako: „KE”) w swojej odpowiedzi z dnia 12 czerwca 2009 r. stwierdziła, że obie decyzje zwalniające nie uprawdopodobniają, że powstanie OPAL i jego późniejsze funkcjonowanie wpłynie pozytywnie na konkurencję na czeskim hurtowym rynku gazu. Ponadto KE zaznaczyła, że nie ma pewności, czy wydanie decyzji w takim kształcie nie przyczyni się do wzmocnienia, i tak już dominującej, pozycji Gazpromu na rynku dostaw gazu do Czech. W związku z powyższym KE zwróciła się do BNetzA o zmianę decyzji. W efekcie 7 czerwca 2009 r. BNetzA zmieniła obie decyzje z lutego 2009 r., ograniczając wykorzystanie przepustowości gazociągu OPAL, jednocześnie przewidując opcjonalnie *gas release program*, który miał ograniczyć możliwość wykorzystania rezerwacji przepustowości w punkcie wyjścia z Niemiec do Czech (Brandov) przez podmiot lub grupę podmiotów posiadających pozycję dominującą na jednym lub kilku rynkach dostaw (czeski rynek gazu), o ile nie nastąpi zaoferowanie 3 mld m<sup>3</sup>/rok gazu ziemnego poprzez otwarty i niedyskryminacyjny przetarg. Ponadto KE wprowadziła *capacity release program*, który zakładał uwolnienie przepustowości na rzecz potencjalnych uczestników rynku.

---

<sup>14</sup> Ibidem.

## Próba rozszerzenia zwolnienia z 2013 r.

Dnia 12 kwietnia 2013 r. OGT Gazprom oraz OOO Gazprom export zwróciły się do BNetzY w celu rewizji decyzji 7 czerwca 2009 r. W efekcie tych wydarzeń 31 października 2013 r. BNetzA, OPAL GT, OAO Gazprom oraz Gazprom Export podpisały zgodnie z niemieckim prawem porozumienie administracyjne (dalej jako: „Porozumienie”). Następnie Porozumienie z dnia 18 listopada 2013 r. zostało przedstawione do KE, która opublikowała jego treść, jednocześnie przeprowadzając konsultacje<sup>15</sup>. Po przeprowadzonych konsultacjach KE zwróciła się do BNetzY o złożenie dodatkowych wyjaśnień. Jednocześnie w tej samej sprawie zwrócono się do czeskiego regulatora. W efekcie wydłużono na podstawie art. 36 ust. 9 Dyrektywy gazowej termin na podjęcie decyzji do dnia 31 stycznia 2015 r. Odkładanie wydania decyzji przez KE doprowadziło do wygaśnięcia i tak już wydłużonego okresu obowiązywania (listopad 2014 r.) Porozumienia<sup>16</sup>. W konsekwencji Porozumienie wygasło, a wszystkie postanowienia zmieniające decyzję przestały obowiązywać, co potwierdziła KE w liście z 2 grudnia 2014 r. do BNetzY, twierdząc że procedura rewizyjna stała się bezprzedmiotowa<sup>17</sup>. Brak jest jasnych przyczyn, dla których KE nie podjęła decyzji w tej sprawie i przedłużała całe postępowanie poza okres obowiązywania Porozumienia. Z drugiej strony można się również zastanawiać, dlaczego strony porozumienia nie postanowiły przedłużyć jego obowiązywania do czasu, który umożliwi wypowiedzenie się KE. Jedynym rozsądnym wytłumaczeniem wydaje się fakt, że Gazprom obawiał się decyzji odmownej KE, dlatego nie zdecydował się na przedłużenie Porozumienia. Obawa ta mogła wynikać z faktu aneksji Krymu przez Rosjan w lutym 2014 r.

## Próba rozszerzenia zwolnienia z 2016 r.

W roku 2016 sytuacja polityczna związana z Ukrainą zdecydowanie straciła na znaczeniu w związku z problemami politycznymi na Bliskim Wschodzie, które znacznie bardziej angażowały opinię publiczną. W konsekwencji 11 maja 2016 r. podjęta została druga próba uzyskania decyzji zwalniającej OPAL<sup>18</sup>. Doprowadziło

<sup>15</sup> Udział w konsultacjach wziął polski regulator oraz jeden podmiot prywatny, którego tożsamość pozostaje anonimowa.

<sup>16</sup> K. Yafimava, *The OPAL Exemption Decision: past, present, and future*, Oxford 2017, s. 2.

<sup>17</sup> Ibidem, s. 3.

<sup>18</sup> Posługując się argumentem, że OPAL jest niewykorzystywany praktycznie przez inne podmioty działające na rynku gazu, pozostaje niewykorzystywany w ogóle jako infrastruktura. To zaś miało świadczyć o niezasadności utrzymywania 50% na gazociągu. Żeby potwierdzić ostatecznie powyższe, Gazprom zorganizował dwie aukcje: w roku 2015 w dniach 7–10 września oraz w roku

to do zawarcia dnia 11 maja 2016 r. nowego (starego) porozumienia, które nieznacznie różniło się od Porozumienia. Po pierwsze wydłużono jego okres obowiązywania do dnia 31 lipca 2016 r. Po drugie wprowadzono zobowiązanie do zachowania poufności<sup>19</sup>. Głównymi założeniami nowego porozumienia było podzielenie zdolności przesyłowej OPAL na dwie grupy. Pierwsza udostępniana jako zdolności połączone, które mogą być wyłącznie użyte w sytuacji, w której gaz wpływa w punkcie Greiswald, a wypływa przez punkt Brandov do Czech<sup>20</sup>. Druga udostępniana jako zdolności niepowiązane<sup>21</sup>. W ramach tych zdolności dokonano dalszego podziału. Ponadto w nowym porozumieniu zastrzeżono, że 1 800 000 kWh/h rocznie powinno być oferowane w ramach aukcji innym uczestnikom rynku. W przypadku kiedy zapotrzebowanie na zdolności niepowiązane w punkcie Brandov przekroczy 1 800 000 kWh/h w dwóch następnych aukcjach rocznych, oferowane zdolności wzrosną dwukrotnie. Tym niemniej zastrzeżono, że takie zwiększenie musi być uzasadnione ekonomicznie oraz nie mogą istnieć przesłanki uprawdopodobniające, że zgłoszone zapotrzebowanie na zdolność przesyłową było wynikiem spekulacji<sup>22</sup>. Ponadto nowe porozumienie zakładało, że Gazprom oraz każda inna spółka z grupy może brać udział w aukcjach. *De facto* oznaczało to możliwość wykorzystania przez Gazprom 100% przepustowości gazociągu OPAL i NSI w przypadku braku zainteresowania przez inne podmioty.

W takim brzmieniu BNetzA skierowała dnia 13 maja 2016 r. treść nowego porozumienia do KE, która następnie poddała jego treść pod konsultacje publiczne, na które przeznaczono dwa tygodnie. W tym czasie KE skierowała zapytanie w tej sprawie do czeskiego regulatora, jednocześnie zwracając się do BNetzA o dodatkowe wyjaśnienia. W konsekwencji okres na wydanie decyzji wydłużono zgodnie z art. 36 Dyrektywy gazowej do dnia 31 listopada 2016 r. Ostatecznie KE dnia 28 października 2016 r. w nieznacznie zmienionym brzmieniu zaakceptowała decyzję pozwalającą Gazpromowi na wykorzystywanie gazociągu OPAL w 90%, jednocześnie gwarantując 10% przepustowości innym uczestnikom rynku (dalej jako: „Decyzja zwalniająca”). Zgodnie z art. 2 Decyzji zwalniającej w pierwszej kolejności KE zasugerowała, aby minimalny zaofferowany poziom zdolności wynosił 3 200 000 kWh/h,

---

2016 w dniach 31 sierpnia–2 września na przepustowość w punkcie Greiswald. W trakcie obu przeprowadzonych aukcji sprzedano zaledwie 0,17 mld m<sup>3</sup> *via* OPAL. Miało to świadczyć o marginalnym zainteresowaniu innych graczy na rynku tym gazociągiem. Przeprowadzone aukcje przez Gazprom miały stanowić argument ostateczny w przedmiocie zwolnienia Gazociągu OPAL ze stosowania zasad wyrażonych w Dyrektywie gazowej; za *ibidem*, s. 14.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 14.

<sup>20</sup> 15 864 532 kWh/h (12,7 mld m<sup>3</sup>).

<sup>21</sup> 15 864 532 kWh/h (12,7 mld m<sup>3</sup>).

<sup>22</sup> K. Yafimava, *op. cit.*, s. 15.



co stanowi 10% przepustowości gazociągu OPAL, której operatorem pozostaje OPAL GT. Jako drugą zmianę wprowadzono mechanizm progresywnego zwiększania dostępnych przepustowości. Do zwiększenia miało dojść, jeżeli w aukcjach rocznych zapotrzebowanie na przepustowości udostępnione podmiotom trzecim będzie równe bądź większe niż 90%. W takiej sytuacji udostępniana przepustowość podmiotom trzecim w następnej aukcji rocznej miała być powiększana o 1 600 000 kWh/h. Udostępnianie to miało następować w ekonomicznie uzasadniony sposób maksymalnie do 6 400 000 kWh/h (20% przepustowości). Ponadto, zgodnie z art. 3 Decyzji<sup>23</sup>, gdy w przypadku udostępnionych przepustowości dla stron trzecich w aukcji rocznej zapotrzebowanie na nie przekroczy 6 400 000 kWh/h, limit na przepustowości określony w art. 2 Decyzji powinien zostać zwiększony o 3 200 000 kWh/h w następnej aukcji rocznej. Obecnie pojawiły się już wątpliwości interpretacyjne w związku z art. 3 Decyzji<sup>24</sup>, czy określone zwiększenie przepustowości pozwala na przekroczenie pułapu określonego w art. 2 Decyzji tj.: 6 400 000 kWh/h (20% przepustowości). Decyzja zawiera jeszcze inne postanowienia, które powodują wątpliwości interpretacyjne (np.: art. 9 Decyzji zwalniającej). Tym niemniej wskazane wątpliwości zostały jedynie zasygnalizowane, z uwagi na fakt, że nie stanowią one przedmiotu rozważań niniejszego artykułu<sup>25</sup>.

Aktualnie sprawa gazociągu OPAL nie znalazła jeszcze swojego finału. Dnia 4 grudnia 2016 r. spółka PGNiG Supply & Trading GmbH, będąca częścią polskiej grupy kapitałowej PGNiG, złożyła do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej skargę na Decyzję zwalniającą. Decyzję w sprawie OPAL dnia 16 grudnia 2016 r. zaskarżył również polski rząd oraz Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. Jednocześnie wszystkie podmioty wystąpiły z wnioskiem o wstrzymanie wykonalności tej decyzji. W dniu 23 grudnia 2016 r. wydane zostało postanowienie zawieszające stosowanie Decyzji zwalniającej. Następnie dnia 21 lipca 2017 r. w sprawie tej wydano postanowienie prezesa Sądu, zgodnie z którym z uwagi na brak pilnego charakteru wniosek o stosowanie środka tymczasowego oddalono,

---

<sup>23</sup> 'if demand for FZK capacities at an annual auction exceeds 6,400,000 kWh/h (or the current threshold, if it has been increased before), the threshold for FZK capacities under Art. 2 shall be increased by 3,200,000 kWh/h in the following annual auction provided a further increase in FZK capacities is technically feasible, the changes to the competitive situation are such as to justify an increase, and the benefits of an increase outweigh the costs thereof'.

<sup>24</sup> *Vide* K. Yafimava, op. cit., s. 16–17. Należy zwrócić uwagę, że faktycznie istnieją opisane przez ww. autorkę wątpliwości, niemniej jednak w ocenie autora treść decyzji wskazuje na fakt, że art. 3 należy interpretować zgodnie ze stanowiskiem, które dopuszcza udostępnienie większej przepustowości niż 6 400 000 kWh/h. Art. 3 stanowi *lex specialis* względem art. 2. Materia ta nie ulega szerszej analizie z uwagi na fakt, że postanowienia samej decyzji zostały jedynie przytoczone w celu lepszego zobrazowania sprawy, a nie ich szczegółowej analizy.

<sup>25</sup> *Vide* K. Yafimava, op. cit., s. 16–17.



jednocześnie uchylając postanowienie z dnia 23 grudnia 2016 r., Polska/Komisja (T-883/16 R)<sup>26</sup>.

## Zwolnienie gazociągu OPAL

W kontekście powyższego najbardziej zastanawiająca wydaje się kwestia procedury rewizji Decyzji przyjęta przez KE, która sama wskazuje, że z uwagi na brak klauzuli rewizyjnej w art. 36 Dyrektywy gazowej zmiana zakresu Decyzji lub jej warunków musi być uzasadniona. Za takie KE uznaje m.in. faktyczny rozwój (ang. *factual development*) infrastruktury<sup>27</sup>, który należy rozumieć również jako wystąpienie tak daleko idących zmian w projekcie, że powstaną wątpliwości, czy decyzja zwalniająca będzie mogła być stosowana<sup>28</sup>. KE uznała, że takie zdarzenie ma miejsce w przypadku gazociągu OPAL, powołując się na swoją praktykę w sprawie Nabucco<sup>29</sup>, gdzie doszło do zmian struktury udziałowców, przepustowości i trasy gazociągu. Ponadto, wystąpił szereg okoliczności, które wpływały negatywnie na możliwość rozpoczęcia eksploatacji gazociągu i które w konsekwencji wymagały dwukrotnego przedłużenia zwolnienia – opóźnienie w rozpoczęciu eksploatacji pola gazowego Shah Deniz II w Azerbejdżanie (głównego źródła zasilania gazociągu Nabucco<sup>30</sup>) oraz trudności w uzyskaniu finansowania z uwagi na kryzys finansowy<sup>31</sup>.

Żadne z powyższych zdarzeń, które mogłoby uzasadniać zastosowanie analogii z Decyzji w sprawie gazociągu Nabucco, nie miało miejsca w przypadku

<sup>26</sup> „Należy dojść do wniosku, że z uwagi na to, iż nieuchronność podnoszonej szkody nie została wykazana, PGNiG Supply nie spełniła przesłanki, zgodnie z którą nie może ona oczekiwać na zakończenie postępowania w przedmiocie skargi głównej bez poniesienia osobiście poważnej i nieodwracalnej szkody wskutek wykonania zaskarżonej decyzji”.

<sup>27</sup> Decyzja KE z dnia 28 października 2016 r. ..., s. 5

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Dla wyjaśnienia należy wskazać, że w sprawie Nabucco wydano następujące decyzje: Decyzja w sprawie zwolnienia austriackiej odnogi gazociągu Nabucco, CAB D(2008) 142, 8.02.2008; Decyzja w sprawie zwolnienia austriackiej odnogi gazociągu Nabucco, CAB D(2008) 1094, 22.10.2008; Decyzja w sprawie zwolnienia rumuńskiej odnogi gazociągu Nabucco, C(2009) 5135, 23.06.2009; Decyzja w sprawie zwolnienia bułgarskiej odnogi gazociągu Nabucco, CAB D(2009), 20.04.2009; Decyzja w sprawie zwolnienia węgierskiej odnogi gazociągu Nabucco, C(2009) 3034, 20.04.2009 oraz Decyzja w sprawie przedłużenia zwolnienia decyzji zwalniającej gazociągu Nabucco International GmbH z zasady dostępu stron trzecich oraz taryfowania przyznanej na podstawie Dyrektywy 2005/55/WE C(2013) 2947, 16.05.2013, zwane dalej łącznie jako: „Decyzje w sprawie gazociągu Nabucco”.

<sup>30</sup> Vide: II decyzja w sprawie zwolnienia austriackiej odnogi gazociągu Nabucco, ust. 11; Decyzja w sprawie zwolnienia rumuńskiej odnogi gazociągu Nabucco, ust. 5; Decyzja w sprawie zwolnienia bułgarskiej odnogi gazociągu Nabucco, ust. 4; Decyzja wydłużająca zwolnienie ust. 13.

<sup>31</sup> Ibidem.

gazociągu OPAL. Rozbieżności te wydają się decydować o uznaniu rozstrzygnięcia KE o dopuszczalności rewizji decyzji ws. OPAL za błąd. Tym bardziej, że niedopuszczalne wydaje się utożsamianie Decyzji zwalniającej ze zmianą decyzji z roku 2009. Decyzja zwalniająca powinna stanowić osobny przedmiot postępowania, a nie procedurę rewizyjną. Jako wniosek *de lege ferenda* należy wskazać, że taka procedura powinna zostać umożliwiona wyłącznie w konkretnych, uzasadnionych przypadkach tj.: takich jak Decyzje w sprawie gazociągu Nabucco.

## OPAL w kontekście art. 36 Dyrektywy gazowej

### Kwalifikacja wstępna gazociągu OPAL

Gazociąg OPAL stanowi jeden z siedmiu gazociągów, który został zwolniony ze stosowania wymogów Dyrektywy gazowej<sup>32</sup>. Każdy ze zwolnionych gazociągów musiał realizować przesłanki określone aktualnie w art. 36 Dyrektywy gazowej<sup>33</sup>. Zgodnie z wyżej wymienionym przepisem „[i]stotna nowa infrastruktura gazowa, tj. połączenia wzajemne, instalacje LNG i instalacje magazynowe, mogą na wniosek zostać zwolnione na czas określony ze stosowania przepisów [...] pod następującymi warunkami:

- a) inwestycja musi zwiększać konkurencję w dostawach gazu i zwiększać bezpieczeństwo dostaw;
- b) poziom ryzyka związanego z inwestycją musi być taki, że inwestycja nie miałaby miejsca bez udzielenia zwolnienia;
- c) infrastruktura musi być własnością osoby fizycznej lub prawnej, która jest odrębna, przynajmniej w zakresie swojej formie prawnej, od operatorów systemów, w których systemach zostanie wybudowana ta infrastruktura;
- d) na użytkowników infrastruktury muszą zostać nałożone opłaty; oraz
- e) zwolnienie nie może mieć szkodliwego wpływu na konkurencję i skuteczne funkcjonowanie rynku wewnętrznego gazu ziemnego lub na skuteczne funkcjonowanie systemu podlegającego regulacji, do którego podłączona jest dana infrastruktura.”

<sup>32</sup> [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/exemption\\_decisions2017.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/exemption_decisions2017.pdf) – Pending Notifications of National Exemption Decisions (dostęp: 11.11.2017).

<sup>33</sup> W przypadku gazociągów wybudowanych przed wdrożeniem Dyrektywy gazowej zwolnienia były udzielane na podstawie art. 22 Dyrektywy 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 98/30/WE. Niemniej jednak przesłanki te były identyczne.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na trzy przesłanki, które muszą zostać spełnione, aby doszło do możliwości zwolnienia infrastruktury. Zwolnieniu podlega wyłącznie nowa infrastruktura, którą zgodnie z art. 2 pkt 33 Dyrektywy gazowej należy rozumieć jako „infrastrukturę nieukończoną do dnia 4 sierpnia 2003 r.” W praktyce KE, udzielając zwolnienia gazociągowi Gazelle, uznała fakt, że gazociąg ten wykorzystuje 20 km<sup>34</sup> istniejącego gazociągu przed dniem 4 sierpnia 2003 r. za bez znaczenia dla możliwości uznania go za nową infrastrukturę. Komisja jednocześnie podkreśliła, że celem tej regulacji nie jest otwarcie możliwości retroaktywnego działania przepisów<sup>35</sup>.

Zwolnieniu podlegają wyłącznie nowe połączenia wzajemne, instalacje LNG oraz instalacje magazynowe<sup>36</sup>. Powyższy katalog infrastruktury podlegającej ewentualnemu zwolnieniu należy uznać za wyczerpujący. Takie stanowisko również potwierdza brzmienie innych wersji językowych<sup>37</sup> oraz praktyka organów regulacyjnych. Za przykład można podać *casus* gazociągu NEL, któremu BNetzA odmówiła zwolnienia wyłącznie z powodu uznania go za gazociąg wewnętrzny<sup>38</sup>. Podobny pogląd został wyrażony w decyzji zwalniającej gazociąg Gazelle, w której KE podkreśliła, że celem tej regulacji nie jest zwolnienie gazociągów służących wyłącznie do krajowego transportu gazu<sup>39</sup>. Niemniej jednak R. Zajdler wskazuje na wątpliwość dotyczącą charakteru tego przepisu jako katalogu zamkniętego<sup>40</sup>.

Tym niemniej nie każda z wymienionych w art. 36 Dyrektywy gazowej nowych inwestycji może podlegać zwolnieniu z zasad tej dyrektywy. Zwolnieniu będzie podlegać wyłącznie nowa infrastruktura uznana za istotną. O ile zakwalifikowanie infrastruktury gazowej zgodnie z pierwszymi przedstawionymi dwiema przesłankami pozornie wydaje się dość intuicyjne, to trzecia przesłanka jest nieodkryta.

<sup>34</sup> Całość gazociągu ma około 160 km długości.

<sup>35</sup> Commission decision on the exemption of the „Gazelle” interconnector according to Article 36 of Directive 2009/73/EC – [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2011\\_gazelle\\_decision\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2011_gazelle_decision_en.pdf)

<sup>36</sup> Major new gas infrastructure, i.e. interconnectors, LNG and storage facilities, may, upon request, be exempted, for a defined period of time, from the provisions of Articles 9, 32, 33 and 34 and Article 41(6), (8) and (10) under the following conditions (...).

<sup>37</sup> Angielska: „i.e.”, hiszpańska: „es decir”.

<sup>38</sup> Ch. Johnes (red.), op. cit., s. 566.

<sup>39</sup> Commission decision on the exemption of the „Gazelle” interconnector according to Article 36 of Directive 2009/73/EC – [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2011\\_gazelle\\_decision\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2011_gazelle_decision_en.pdf)

<sup>40</sup> R. Zajdler, Art. 36., [w:] *Komentarz do dyrektywy 2009/73/WE dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego*, System Informacji Prawnej LEX, 2011.

Już na pierwszy rzut oka pojawiają się dwa pytania – jakie połączenie wzajemne, instalacji magazynowych lub jaki terminal LNG należy uznać za istotny? Względem czego ta infrastruktura ma być istotna? Względem budowy jednolitego wspólnego rynku gazu, czy może względem możliwości zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego państwu członkowskiemu? O ile przepisy nie odpowiadają bezpośrednio na te pytania, to KE stara się wyjaśnić powyższe wątpliwości. W roboczym opracowaniu KE stwierdziła, że za „istotną” należy rozumieć infrastrukturę, która wiąże się z wysokimi kosztami. Oznacza to, że pod pojęcie istotności kryje się wyłącznie aspekt ekonomiczny. Ponadto KE podkreśliła, że zasadne wydaje się powiązanie pojęcia istotności z wielkością rynku, do którego odnosi się infrastruktura oraz do kosztów, które generuje ona dla połączonego systemu gazowego<sup>41</sup>. Wyjaśnienia te pozwalają przynajmniej częściowo stwierdzić, jaką infrastrukturę należy rozumieć za istotną. Istotna infrastruktura to terminale LNG, instalacje magazynowe gazu, połączenia wzajemne, które są „kosztowne”. Pojęcie „kosztowne” powinno być interpretowane w kontekście rynku, którego dotyczy ta infrastruktura oraz kosztów bezpośrednich, jakie wygenerują systemom połączonym. Takie podejście zaprezentowała KE w przypadku połączenia wzajemnego na granicy słowacko-węgierskiej, uznając, że decyduje o tym przede wszystkim koszt (150 mln euro) oraz przepustowość (5 mld m<sup>3</sup>), stanowiąca ok. 15% wszystkich możliwości przesyłu gazu w kierunku Węgier<sup>42</sup>. Inną koncepcję oceny przesłanki istotności wskazuje DG TREN, które wskazuje, że projekt stanowi istotną inwestycję, jeżeli jego koszty przewyższają kwotę 10 euro za każdego przyłączonego klienta<sup>43</sup>.

Niewątpliwie gazociąg OPAL należy uznać za istotny oraz nowy w rozumieniu Dyrektywy gazowej<sup>44</sup>. Jednak pierwsza wątpliwość pojawia się w przypadku uznania gazociągu OPAL za połączenie wzajemne. Zgodnie z art. 2 pkt 17 Dyrektywy gazowej za połączenie wzajemne uznaje się „linię przesyłową przekraczającą granicę między państwami członkowskimi **wyłącznie** w celu połączenia krajowych systemów przesyłowych tych państw członkowskich”<sup>45</sup>. Analogicznie definicja ta jest

<sup>41</sup> Commission staff working document on Article 22 of Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and Article 7 of Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, ust. 23.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Nota DG TREN na temat Dyrektywy 2003/54, Dyrektywy 2003/55 oraz Rozporządzenia 1228/03 na Rynku Wewnętrznym Energii Elektrycznej oraz Gazu. Wyłączenia spod niektórych postanowień ustaleń ws. dostępu stron trzecich, s. 2.

<sup>44</sup> KE w Decyzji stwierdziła, że gazociąg OPAL generuje bardzo wysokie koszty inwestycyjne, jednak dokładna kwota została zanonimizowana.

<sup>45</sup> ‘interconnector’ means a transmission line which crosses or spans a border between Member States **for the sole purpose of connecting** the national transmission systems of those Member States.

interpretowana przez doktrynę, w której podkreśla się, że aby gazociąg przesyłowy mógł zostać uznany za połączenie wzajemne musi on spełniać „kumulatywnie dwa kryteria:

- 1) geograficzne – *ex definitione* gazociąg międzysystemowy musi fizycznie przekraczać granicę co najmniej dwóch państw członkowskich, oraz
- 2) funkcjonalne – **jedyny cel**, jakiemu gazociąg służy, to dokonanie połączenia krajowych systemów przesyłowych państw członkowskich UE lub EOG, tj. zapewnienie możliwości przesyłania paliwa gazowego z systemu gazowego jednego państwa do systemu gazowego drugiego państwa i ewentualnie w kierunku odwrotnym.<sup>46</sup>

Gazociąg OPAL łączy niemiecki krajowy system przesyłowy z czeskim systemem przesyłowym. Jak już zostało wskazane, gazociągiem OPAL można przesłać 32 mld m<sup>3</sup>/rocznie gazu w kierunku Czech, który odbierany jest poprzez gazociąg Gazelle. Konsumpcja na czeskim rynku gazu od lat jest stabilna<sup>47</sup> i wynosi około 8 mld m<sup>3</sup> gazu rocznie. Łatwo więc zauważyć, że przepustowość gazociągu OPAL znacznie przewyższa popyt na czeskim rynku gazu. Przy założeniu, że całe zapotrzebowanie na czeskim rynku gazu pokrywane jest z gazociągu OPAL, dojdziemy do wniosku, że przynajmniej 24 mld m<sup>3</sup> gazu musi trafiać na inne rynki. Jak wynika z publicznie dostępnych danych<sup>48</sup>, pozostałe 24 mld m<sup>3</sup> gazu gazociągiem Gazelle przez punkt Waidhaus trafia do Niemiec. Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, że gazociąg OPAL nie stanowi połączenia wzajemnego. Zgodnie z wyżej wskazaną definicją, połączenie wzajemne to połączenie, które zostało stworzone wyłącznie w celu połączenia systemów krajowych. Gazociąg OPAL nie stanowi połączenia wzajemnego, a jego faktycznym i głównym celem jest przesłanie gazu z powrotem na rynek niemiecki. Ponadto z uwagi na fakt, że mniejsza część wolumenu trafia na czeski rynek gazu nawet w przypadku zastosowania wykładani funkcjonalnej przy jednoczesnym odrzuceniu wykładni literalnej, powinniśmy dojść do wniosku, że zwolnieniu mogłyby podlegać gazociągi, które głównie są wykorzystywane jako połączenie wzajemne. To znaczy ich głównym celem jest przesyłanie gazu do innego państwa. Natomiast w przypadku gazociągu OPAL jedynie ok. 25% prze-

<sup>46</sup> Z. Muras, M. Swora, A. Dobrowolski, F. Elżanowski, A. Falecki, R. Gawin, K. Kloc, J. Kędzia, M. Mor-dwa, A. Ratajczak, K. Smagiel, M. Szostakowska, R. Trypens, M. Wesołowski, M. Woszczyk, M. Zawiska, J. Zimmer, Art. 3. [w:] *Prawo energetyczne. Tom I. Komentarz do art. 1–11s*, wyd. 2, System Informacji Prawnej LEX, 2016.

<sup>47</sup> W ostatnich 10 latach konsumpcja gazu oscylowała na poziomie ok. 7–9 mld m<sup>3</sup>/rok – Yearly report on the operation of the Czech gas system for 2015 – [http://www.eru.cz/documents/10540/462888/Annual\\_report\\_gas\\_2015.pdf/3b6c6667-4178-4454-9dcc-3433369d844b](http://www.eru.cz/documents/10540/462888/Annual_report_gas_2015.pdf/3b6c6667-4178-4454-9dcc-3433369d844b)

<sup>48</sup> Platforma entsog transparency: <https://transparency.entsog.eu/#/?loadBalancingZones=false>

pustowości gazociągu jest wykorzystywane w celu przesyłania gazu na rynek inny niż niemiecki.

W uzasadnieniu Decyzji z 2009 r. KE podkreślała, że o charakterze gazociągu OPAL jako połączenia wzajemnego przesądza fakt, że jedynie 4,5 mld m<sup>3</sup> gazu trafia na rynek niemiecki, natomiast pozostała część trafia do Czech<sup>49</sup>. Nic bardziej mylnego (sic!). Jak zostało wskazane powyżej, większość gazu przesyłanego gazociągiem OPAL trafia do Niemiec jednak nie bezpośrednio przez punkt Gross Koris, a przez gazociąg Gazelle i punkt Waidhaus. Ponadto KE w decyzji zwalniającej gazociąg Gazelle wskazywała, że celem tego gazociągu jest bycie przedłużeniem gazociągu OPAL, co ma umożliwić transport rosyjskiego gazu pochodzącego z NSI. Początek gazociągu Gazelle i jego koniec znajduje się na czesko-niemieckiej granicy. W efekcie nadaje to specyficzny charakter gazociągowi OPAL – służy on bowiem do przesyłu gazu przez terytorium innego państwa w celu wymiany wewnętrznej (eksterytorialny gazociąg wewnętrzny). Dwoistość stanowisk prezentowana w uzasadnieniach w zależności od rozpatrywanego przypadku wydaje się przesądzać, o fakcie że gazociąg OPAL nie powinien zostać uznany za połączenie wzajemne, nawet w przypadku stosowania wykładni funkcjonalnej. Przedstawione powyżej działanie stoi w sprzeczności ze stanowiskiem prezentowanym wcześniej przez Komisję w decyzji w sprawie Gazelle, zgodnie z którym celem zwolnienia na podstawie art. 36 Dyrektywy gazowej nie jest zwolnienie gazociągów służących do krajowego transportu gazu.

### Zwiększenie konkurencji w dostawach gazu<sup>50</sup>

Kluczowy z perspektywy możliwości zwolnienia pozostaje fakt poprawy warunków konkurencji na rynku dostaw gazu. Oczywistym wydaje się, że zwolnienie w swojej istocie posiada negatywny wpływ na konkurencję w porównaniu do sytuacji, w której istnieje infrastruktura nieposiadająca tego zwolnienia<sup>51</sup>. Jednak celem tak sformułowanych warunków jest próba znalezienia równowagi pomiędzy koniecznością zwolnienia infrastruktury z zasad Dyrektywy gazowej w celu stworzenia swoistej zachęty mającej przyczynić się do powstania nowych mocy, umożliwiających stworzenie wewnętrznego rynku gazu a konkurencją na wewnętrznym rynku gazu<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Decyzja zwalniająca gazociąg OPAL z 2009 r. ust. 21–25.

<sup>50</sup> Zmieniona kolejność analizy przesłanek wymienionych w art. 36 dyrektywy gazowej jest celowa z uwagi na przyjęty model w Decyzji zwalniającej gazociąg OPAL przez KE.

<sup>51</sup> Johnes Ch. (red.), op. cit., s. 570.

<sup>52</sup> Commission staff working document on Article 22 of Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and Article 7 of Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, ust. 23.



Co do zasady inwestycja w nową infrastrukturę powinna mieć pozytywny wpływ na konkurencję na rynku dostaw gazu z uwagi na wzrost dostępnych przepustowości na tym rynku<sup>53</sup>. Nie należy jednak każdej takiej sytuacji utożsamiać ze wzrostem konkurencji<sup>54</sup>. W tym aspekcie ocenie podlegać powinno przede wszystkim to, jaki podmiot jest głównym beneficjentem powstania infrastruktury i udzielanego zwolnienia. B. Nowak podkreśla, że nie należy przyznawać zwolnienia spółkom mającym pozycję dominującą. To samo odnosi się, jeżeli przyznanie zwolnienia spowoduje powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej<sup>55</sup>. Natomiast KE wskazuje jedynie, że największe ryzyko naruszenia reguł konkurencji występuje w sytuacji, kiedy zwolnienie zostaje przyznane podmiotowi posiadającemu pozycję dominującą na rynku obsługiwanym przez infrastrukturę<sup>56</sup>. Ponadto KE podkreśla, że minimum, jakiego należy oczekiwać od nowej infrastruktury, aby można było ją uznać za pozytywnie wpływającą na konkurencję, jest stworzenie znacznych szans dla podmiotów nieposiadających dominującej pozycji do wejścia na rynek dostaw gazu. Przejawem takiego działania miało być nałożenie limitu pozwalającego na wykorzystanie infrastruktury przez dominanta w stopniu nie większym niż np. 50%<sup>57</sup>.

Takie podejście może budzić wiele wątpliwości, w szczególności w sytuacji, kiedy sama możliwość alokowania przepustowości nie umożliwi faktycznego wejścia na rynek, na przykład w przypadku kiedy dominant posiada zawarte kontrakty długoterminowe z klauzulą bierz lub płać (*take or pay*), a popyt na rynku gazu od kilku lat jest na stabilnym poziomie. W takiej sytuacji praktycznie niemożliwy będzie wzrost konkurencji na rynku dostaw gazu. Dlatego, jak podkreśla Komisja, udzielenie zwolnienia wymaga wyjątkowej dbałości i właściwego określenia rynków, na które oddziaływać będzie infrastruktura. Zgodnie z wytycznymi KE przy określaniu rynków geograficznie właściwych na potrzeby art. 36 ust. 1 pkt a Dyrektywy gazowej należy posługiwać się dorobkiem unijnego prawa konkurencji<sup>58</sup>. Sprawdza się to do potrzeby wyznaczenia właściwych rynków (produktowo i geograficznego) oraz dokonania oceny wpływu na te rynki projektowanej inwestycji<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> Ibidem, ust. 23.

<sup>54</sup> M. Szydło, op. cit., s. 254.

<sup>55</sup> Nowak B., *Wewnętrzny Rynek Energii w Unii europejskiej*, Warszawa 2009, s. 122. Podobne stanowisko wyraża M. Swora, Art. 4(i), [w:] Z. Muras, M. Swora (red.), *Prawo energetyczne. Tom I. Komentarz do art. 1–11s*, wyd. 2, Warszawa 2016.

<sup>56</sup> Commission staff working document..., ust. 32.

<sup>57</sup> Ibidem, ust. 34.

<sup>58</sup> Ibidem, ust. 36.

<sup>59</sup> M. Swora, op. cit.

## **Zwolnienie nie może mieć szkodliwego wpływu na konkurencję i skuteczne funkcjonowanie rynku wewnętrznego gazu ziemnego lub na skuteczne funkcjonowanie systemu podlegającego regulacji, do którego podłączona jest dana infrastruktura**

Obowiązek pozytywnego wpływu infrastruktury na konkurencję często jest rozpatrywany w decyzjach KE<sup>60</sup> łącznie z przesłanką określoną w art. 36 ust. 1 pkt e Dyrektywy gazowej tj. zakazem szkodliwego wpływu na konkurencję przez zwolnienie. Pomimo możliwości uznania, że obie przesłanki posiadają identyczny cel (szeroko rozumiana ochrona konkurencji), nieuzasadnione wydaje się uznawanie ich za tożsame i rozpatrywanie ich jednocześnie.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że już literalna wykładnia wskazuje, że inny jest przedmiot oceny. W przypadku pierwszej przesłanki przedmiotem analizy pozostaje wpływ powstania infrastruktury na zwiększenie konkurencji na rynku dostaw. Natomiast w drugim przypadku mówimy o tym, czy samo zwolnienie nie będzie posiadało negatywnego skutku dla konkurencji.

Po drugie należy zwrócić uwagę, że obie przesłanki odmiennie określają swój zakres oddziaływania. O ile w pierwszej mówimy wyłącznie o rynku dostaw gazu, to w przypadku drugiej zakres oddziaływania jest znacznie szerszy z uwagi na użyte określenie „konkurencja”. Należy rozumieć, że chodzi o konkurencję ogólnie. Pytaniem otwartym pozostaje czy mówimy tu wyłącznie o konkurencji na całym rynku gazu (przedmiotowo, nie geograficznie) ziemnego, czy również o konkurencji na rynkach powiązanych. Mimo powyższych wątpliwości pewne wydaje się, że chodzi o cały wewnętrzny rynek gazu, a nie tylko jeden z jego segmentów, jaki stanowią dostawy gazu. Komisja nie wypowiedziała się w powyższej kwestii w swoich wytycznych, niemniej jednak zaakcentowała potrzebę rozróżnienia obu przesłanek z uwagi na możliwość oddziaływania na inne projekty infrastrukturalne<sup>61</sup>.

Ponadto rozważyć należy fakt, czy wydane zwolnienie nie spowoduje pogorszenia funkcjonowania rynku wewnętrznego gazu ziemnego lub systemu podlegającego regulacji, do którego podłączona jest dana infrastruktura. Postanowienia te mają przeciwdziałać zjawisku popularnie określanemu jako *cherry picking*, tj. promowaniu wyłącznie projektów najbardziej korzystnych finansowo, a nie tych najbardziej potrzebnych z perspektywy wspólnego rynku gazu<sup>62</sup>. W tym aspekcie wyjątkowo interesująca wydaje się kwestia zaprezentowana poniżej.

<sup>60</sup> *Vide*. Decyzja KE z dnia 28 października 2016 r. ...

<sup>61</sup> Commission staff working document..., ust. 60.

<sup>62</sup> Ch. Johnes (red.), *op. cit.*, s. 572.

W sprawie OPAL KE zbiorczo odniosła się do dwóch zaprezentowanych powyżej przesłanek, twierdząc, że zmiany zgłoszone przez KE do Decyzji zwalniającej są wystarczające do zapewnienia mitygacji potencjalnych negatywnych efektów dla konkurencji, a funkcjonowanie gazociągu OPAL zwiększa konkurencję. W trakcie analizy KE określiła, że rynkiem właściwym geograficznie jest wyłącznie rynek czeski. Z takim założeniem można się zgodzić wyłącznie pod jednym warunkiem, że przeprowadzona ocena wskaże, że dostawy przez gazociąg OPAL będą miały wpływ wyłącznie na czeski rynek (a wiemy, że tak nie jest z uwagi na wolumen trafiający do Niemiec przez gazociąg Gazelle). Również w przypadku analizy, czy zwolnienie gazociągu nie będzie posiadało negatywnych konsekwencji dla konkurencji jako takiej, należy je uznać za niewystarczające. Pierwsze symptomy szerszego oddziaływania zwolnienia gazociągu OPAL były widoczne niedługo po wydaniu Decyzji zwalniającej w grudniu 2016 r., kiedy zwiększone przepływy przez gazociąg OPAL spowodowały spadek przepływów przez gazociąg Braterstwo, który dostarcza gaz przez Ukrainę i Słowację do Europy zachodniej<sup>63</sup>. Świadczy to o tym, że Gazprom preferuje transport gazu do UE poprzez NSI, nie przez gazociąg Braterstwo<sup>64</sup>. W dalszej kolejności należy rozważyć konsekwencje udzielenia zwolnienia w przypadku powstania gazociągów EUGAL<sup>65</sup> oraz Nord Stream II<sup>66</sup>. Czy takie podejście KE nie doprowadzi do niepożądanego zjawiska, jakim jest już wspomniany *cherry picking*? Gazprom będzie w stanie zrezygnować z transportu gazu przez Ukrainę i Słowację i korzystać z preferowanych przez siebie gazociągów NSI oraz NSII.

Powyższe nie było przedmiotem analizy KE z uwagi na błędnie określony geograficzny zakres potencjalnego negatywnego oddziaływania gazociągu zwolnienia gazociągu OPAL. Ten negatywny wpływ na inne rynki niż tylko na rynek czeski istnieje i zmaterializował się w grudniu 2016 r., kiedy to Gazprom zwiększył przesył gazu do Europy gazociągiem Nord Stream II kosztem gazociągu Braterstwo. Brak dostrzeżenia tych konsekwencji na etapie wydawania Decyzji zwalniającej

---

<sup>63</sup> Wzrost przesyłu gazu rurociągami OPAL i Nord Stream ma bezpośredni wpływ na ilości i kierunki przesyłu gazu innymi szlakami w Europie Środkowej i Wschodniej. Przede wszystkim odbija się na tranzycie gazu przez alternatywny do Nord Streamu szlak dostaw rosyjskiego surowca do Europy przez Ukrainę: <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/komentarze-osw/2017-01-17/gazociag-opal-kontrowersje-dotyczace-zasad-wykorzystywania-i> (dostęp: 11.11. 2017).

<sup>64</sup> K. Yafimava, op. cit., s. 25.

<sup>65</sup> Gazociąg EUGAL planowo ma bieć równolegle do Gazociągu OPAL i umożliwiać odbiór gazu z Nord Stream II.

<sup>66</sup> Ch. Johnes (red.), op. cit., s. 573. Tłumaczenie własne: „Kryteria te pozwalają na szeroką ocenę oddziaływania zwolnienia na rynek gazu. W tym także konsekwencje zwolnienia i przedmiotowego projektu dla infrastruktury zarówno istniejącej, jak i planowanej zgodnie z przewidywaniami”.

wydaje się być konsekwencją zbytniego utożsamiania przez KE obu przesłanek i dokonywania ich analizy jednocześnie. Taką praktykę należy ocenić jako błędną i *de lege ferenda* wymagającą weryfikacji w celu pełnej transparentności oceny dokonywanej przez KE w tak ważkich sprawach.

### Zwiększanie bezpieczeństwa dostaw gazu

Kolejną istotną przesłanką ocenianą przy udzieleniu zwolnienia jest konieczność zwiększenia bezpieczeństwa dostaw. Z uwagi na brak legalnej definicji bezpieczeństwa dostaw w Dyrektywie gazowej próbę wyjaśnienia tego pojęcia należy przeprowadzić w oparciu o inne źródła<sup>67</sup>. W doktrynie podkreśla się, że bezpieczeństwo dostaw należy rozumieć jako spadek ryzyka przerw w dostawach, co może być interpretowane dwojako. Jako zwiększenie dostaw gazu z istniejących źródeł lub z nowych źródeł<sup>68</sup>. W podobnym tonie wypowiada się KE w swoich wytycznych, argumentując, że bezpieczeństwo dostaw to głównie dywersyfikacja. W szczególności KE rozumie przez dywersyfikację powstanie możliwości transportu gazu z nowego źródła lub przynajmniej nową drogę dostaw z tego samego źródła na rynek właściwy. Podobnie do sprawy odnosi się R. Zajdler<sup>69</sup>. W ocenie autora wprowadzenie wariantu minimum, tj. nowa droga z tego samego źródła, powinno być traktowane znacznie bardziej rygorystycznie i dopuszczane wyłącznie w przypadkach, w których nie prowadzi do umocnienia pozycji podmiotu dominującego.

Ponadto KE wskazuje, że istotnym czynnikiem dla oceny zwiększenia bezpieczeństwa jest wprowadzenie elementu elastyczności w dostawach, który rozumiany jest jako możliwość dostarczenia dodatkowego gazu na rynek w przypadku kryzysu<sup>70</sup>. Jako najlepszy przykład infrastruktury gwarantującej elastyczność KE podaje terminale LNG.

Jak wynika z Decyzji zwalniającej, ok. 65% gazu w Czechach pochodzi z Rosji, a pozostała część z kierunku niemieckiego. Można założyć, że część (o ile nie całość) gazu z kierunku niemieckiego to również rosyjski gaz dostarczany do Niemiec przez NSI. Mimo powyższego należy uznać, że powstanie gazociągu OPAL faktycznie wypełnia warunek minimum, jaki KE przedstawiła w wytycznych, tj. powstanie nowa droga dostaw z tego samego źródła. Niemniej jednak zwolnienie

<sup>67</sup> Autor przypomina, że Dyrektywa gazowa wiele razy posługuje się pojęciem bezpieczeństwa dostaw, które stanowi obok bezpieczeństwa technicznego jeden z elementów definicji „bezpieczeństwa” (art. 2 pkt 32).

<sup>68</sup> Ch. Johnes (red.), op. cit., s. 573.

<sup>69</sup> R. Zajdler, op. cit.

<sup>70</sup> Commission staff working document op. cit. ust. 25–27.

gazociągu OPAL spowoduje zwiększenie bezpieczeństwa z perspektywy ilościowej (możliwości importowe przez NSI), co w efekcie doprowadzi do wzmocnienia i tak już dominującej pozycji Gazpromu w Europie Wschodniej, która jest wrażliwa na naciski polityczne ze strony Rosji<sup>71</sup>. Umożliwienie Gazpromowi rezygnacji z gazociągów zlokalizowanych w Europie Wschodniej kosztem NSI, a w przyszłości NSII doprowadzi do możliwości wykorzystania tego faktu, na przykład w trakcie nadchodzących negocjacji dotyczących kontraktów na dostawy gazu.

### **Poziom ryzyka związanego z inwestycją musi być taki, że inwestycja nie miałaby miejsca bez udzielenia zwolnienia**

Zarówno doktryna, jak i sama KE dosyć jednoznacznie wskazują, że udzielenie zwolnienia może nastąpić wyłącznie w sytuacji, w której zostało wykazane, że bez udzielenia zwolnienia dana infrastruktura nie powstanie. Z perspektywy samej przesłanki należy zauważyć, że istnieją dwa rodzaje ryzyka – ryzyko związane z brakiem wykorzystania infrastruktury oraz ryzyko związane z niewystarczającą stopą zwrotu<sup>72</sup>. Jak podkreśla M. Swora, istnieje wątpliwość, czy takie ryzyko w ogóle istnieje w przypadku monopolistów<sup>73</sup>. Niemniej jednak KE argumentuje w Decyzji zwalniającej, że nieuzasadnione jest uwzględnianie powyższej przesłanki w przypadku procedury rewizyjnej decyzji, ponieważ doprowadziłoby to do braku możliwości rewizji decyzji w ogóle w przypadku istniejącej infrastruktury. O ile istnieją wątpliwości, czy faktycznie dopuszczalna jest procedura rewizji zwolnienia, tym bardziej zasadne jest pytanie, czy możliwy jest przegląd decyzji o zwolnieniu, w przypadku gdy inwestycja została już zrealizowana, a infrastruktura została oddana do użytku. Pikanterii sprawy dodaje fakt, że konsekwencją decyzji jest przyznanie większych korzyści właścicielowi gazociągu, który w Decyzji zwalniającej określony został jako dominujący dostawca gazu. Jak zostało wypracowane na kanwie opisanego zwolnienia gazociągu Nabucco, niewątpliwie mogą istnieć przesłanki uzasadniające rewizję Decyzji zwalniającej, w przypadku gdyby radykalnej zmianie uległy warunki rynkowe, albo nastąpiłaby istotna zmiana w planie realizacji infrastruktury. Jednak nic w Decyzji zwalniającej w sprawie gazociągu OPAL nie wskazuje na taką konieczność. Jeśli warunki nałożone w Decyzji w sprawie gazociągu OPAL z 2009 r. wystarczały do zapewnienia możliwości budowy, eks-

<sup>71</sup> A. Riley, *The Opal Pipeline Exemption*, The Institute for Statecraft, <http://www.statecraft.org.uk/research/opal-pipeline-exemption-implications-questionable-decision> (dostęp: 20.05.2017).

<sup>72</sup> M. Swora, op. cit.

<sup>73</sup> Ibidem.

ploatacji i rentowności gazociągu, trudno uzasadnić przyznanie dominującej spółce jeszcze większego dostępu do przepustowości.

Wątpliwość budzi jeszcze jedna kwestia, mianowicie KE uzasadniając swoją praktykę twierdzi, że nie tworzy nowego zwolnienia, a jedynie dokonuje rewizji udzielonego wcześniej zwolnienia. Do tak przedstawionego poglądu należy odnieść się krytycznie, w szczególności z uwagi na faktyczny skutek, jaki będzie miała rewizja decyzji zwalniającej. Rozszerzenie skutków istniejącego zwolnienia w praktyce oznacza udzielenie nowego zwolnienia z uwagi na zmianę (zwiększenie) jego zakresu.

## Podsumowanie

W ocenie autora przedstawione przez KE podejście nie realizuje wytycznych Dyrektywy gazowej, zgodnie z którymi powinno dochodzić do zwolnienia:

- ❑ Komisja, dopuszczając możliwość rewizji Decyzji, niewątpliwie wykracza poza przepisy, a nawet poza dotychczasową swoją praktykę wyrażoną w sprawie Nabucco.
- ❑ Wątpliwości istnieją również w aspekcie merytorycznym, w szczególności wątpliwość budzą kwestie: (i) możliwości zwolnienia gazociągu już funkcjonującego; (ii) charakteru gazociągu OPAL, który zgodnie z literalną, a nawet funkcjonalną wykładnią Dyrektywy gazowej nie może zostać uznany za połączenie wzajemne; (iii) subiektywnej i ograniczonej oceny skutków dla konkurencji, która kilka dni po wydaniu Decyzji zwalniającej ujawniła motywy polityczne, jakie stoją za zwolnieniem gazociągu OPAL (zmniejszenie transportu gazu przez Ukrainę i gazociąg Braterstwo); oraz (iv) kwestia pozorności zwiększenia bezpieczeństwa dostaw, poprzez zwiększenie bezpieczeństwa z perspektywy ilościowej (możliwości importowe przez NSI) a nie poprzez zapewnienie nowych źródeł dostaw.

Przyjęta w obecnym kształcie Decyzja zwalniająca stanowi realne zagrożenie dla powstania przyszłych alternatywnych tras dostaw gazu do UE. W efekcie przełoży się to na wzmocnienie dominującej pozycji Gazpromu, z uwagą na fakt zmniejszenia prawdopodobieństwa wejścia na rynek nowych dostawców. Zaprezentowane w niniejszej pracy niespójne działanie KE wydaje się podważać wiarygodność Unii Energetycznej z uwagi na fakt, że swoimi działaniami nie prowadzi do dywersyfikacji źródeł i tras dostaw. W konsekwencji nie nastąpi zwiększenie odporności całej UE na zakłócenia w dostawach gazu, które należy uznać za realne. Nie raz potwierdziła to polityka energetyczna stosowana jako narzędzie w polityce zagranicznej.



*De lege ferenda* należy wskazać, że KE powinna przede wszystkim zweryfikować swoją praktykę w taki sposób, żeby realizowała wytyczne wynikające z Dyrektywy gazowej – pkt. 32 preambuły tj. „inwestycje w istotną nową infrastrukturę powinny być stanowczo promowane, **przy jednoczesnym zapewnieniu właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego gazu ziemnego**”, co pozwoliłoby utrzymać równowagę pomiędzy dwoma sprzecznymi<sup>74</sup> wartościami, jakimi są wspomniane na wstępie – konieczność rozwoju infrastruktury oraz ochrona konkurencji. Ponadto jako główne zastrzeżenia do samej praktyki KE należy wskazać na fakt, że decyzja zwalniająca powinna stanowić osobny przedmiot postępowania, a nie procedurę rewizyjną, która powinna zostać umożliwiona wyłącznie w konkretnych, uzasadnionych przypadkach tj.: takich jak wspomniane już Decyzje w sprawie gazociągu Nabucco oraz na konieczność rozłącznej oceny przesłanki pozytywnego wpływu infrastruktury na konkurencję z przesłanką określoną w art. 36 ust. 1 pkt e Dyrektywy gazowej tj. zakazem szkodliwego wpływu na konkurencję przez zwolnienie.

## Bibliografia

- Elżanowski F., *Prawnoprosesowa sytuacja przedsiębiorstwa energetycznego w sprawach z zakresu regulacji energetyki*, Warszawa 2015.
- Johnes Ch. (red.), *The EU Energy Law. Volume I: The Internal Energy Market*, wyd. 14, Deventer 2016.
- Łoskot-Strachota A., *Gazociąg OPAL: kontrowersje dotyczące zasad wykorzystywania i kwestia bezpieczeństwa dostaw*, Ośrodek Studiów Wschodnich im. Marka Karpia, <https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/komentarze-osw/2017-01-17/gazociag-opal-kontrowersje-dotyczace-zasad-wykorzystywania-i> (dostęp 20.05.2017).
- Muras Z., Swora M., Dobrowolski A., Elżanowski F., Falecki A., Gawin R., Kloc K., Kędzia J., Mordwa M., Ratajczak A., Smagiel K., Szostakowska M., Trypens R., Wesolowski M., Woszczyk M., Zawiska M., Zimmer J., Art. 3. [w:] *Prawo energetyczne. Tom I. Komentarz do art. 1–11s*, wyd. 2, System Informacji Prawnej LEX, 2016.
- Nowak B., *Wewnętrzny Rynek Energii w Unii europejskiej*, Warszawa 2009.
- Riley A., *The Opal Pipeline Exemption*, The Institute for Statecraft, <http://www.statecraft.org.uk/research/opal-pipeline-exemption-implications-questionable-decision> (dostęp 20.05.2017).
- Roggenkamp M.M., Redgwell C., Ronne A., Guayo I. (red.), *Energy Law in Europe National, EU and Internal Regulation*, wyd. 3, Oxford 2016.

<sup>74</sup> Vide A. Szafranski, *Prawo energetyczne. Wartości i instrumenty ich realizacji*, Warszawa 2014.

- Swora M., Art. 4(i), [w:] Z. Muras, M. Swora (red.), *Prawo energetyczne. Tom I. Komentarz do art. 1–11s*, wyd. 2, Warszawa 2016.
- Szafrański A., *Prawo energetyczne. Wartości i instrumenty ich realizacji*, Warszawa 2014.
- Szydło M., *Regulatory Exemptions for New Gas Infrastructure. A Key Challenge for European Energy Policy*, „European Energy and Environmental Law Review” 2009, 18(5).
- Yafimava K., *The OPAL Exemption Decision: past, present, and future*, Oxford 2017.
- Yearly report on the operation of the Czech gas system for 2015 – [http://www.eru.cz/documents/10540/462888/Annual\\_report\\_gas\\_2015.pdf/3b6c6667-4178-4454-9dcc-3433369d844b](http://www.eru.cz/documents/10540/462888/Annual_report_gas_2015.pdf/3b6c6667-4178-4454-9dcc-3433369d844b)
- Zajdler R., Art. 36., [w:] *Komentarz do dyrektywy 2009/73/WE dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego*, System Informacji Prawnej LEX, 2011.